



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2014-03-11
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3388-13

1

SÖKANDE
Konkurrensverket
103 85 Stockholm

MOTPART
Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

SAKEN
Upphandlingsskadeavgift enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2014-03-11	
Avd	74
Dnr	490/2013
KSnr	3.5.3 Aktbil 9

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Konkurrensverkets ansökan och beslutar att Växjö kommun ska betala en upphandlingsskadeavgift om 101 000 kr.

Dok.Id 86663

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Konkurrensverket ansöker om att Växjö kommun (kommunen) enligt 17 kap. 1 § 3. LOU ska förpliktas att till staten betala 101 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Till stöd för sin ansökan anför Konkurrensverket bl.a. följande. Kommunen har brutit mot LOU genom att den 1 oktober 2012 ingå avtal med Bröderna Andersson Åkeri och Gräv i Hörby Aktiebolag (Bröderna Andersson) utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 § LOU, trots att förutsättningarna för ett sådant agerande inte var uppfyllda. Det ingångna avtalet utgör därmed en otillåten direktupphandling.

Kommunen medger att det är fråga om en otillåten direktupphandling och att betala upphandlingsskadeavgift med 50 000 kr.

Konkurrensverket utvecklar sin talan och anför följande. Av kommunens internutredning framgår att inköp har skett under perioden 2010-2012 till betydande belopp utan korrekt upphandling. Under hösten 2012 skickade kommunen en offertförfrågan avseende krossning av asfalts och bergsmassor till tre utvalda leverantörer. En av de leverantörer som mottog kommunens förfrågan var Bröderna Andersson som sedermera offererade de aktuella krossningstjänsterna. Den 1 oktober 2012 skickade kommunen en beställning till Bröderna Andersson varigenom kommunen accepterade nämnda offerter. Därigenom ingick kommunen avtal om köp av de aktuella krossningsarbetena. Av 15 kap 3 § LOU följer att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt som omfattas av LOU vars värde överstiger 15 procent av tröskelvärdet, ska annonsera upphandlingen i enlighet med 15 kap 4 § LOU. En upphandlande myndighet får ingå avtal med en leverantör utan föregående annonsering endast i vissa specificerade undantagsfall. Eftersom avtalets kontraktsvärde överstiger gränsen för direktupphandling (284 631 kr) skulle kommunens ingående av avtalet ha föregåtts av en konkurrensutsättning genom ett annonserat förfarande. Nå-

got sådant förfarande har inte skett. Några omständigheter som skulle kunna motivera en direkttilldelning av avtalet föreligger inte. Kommunens ingående av avtalet utgör därför en otillåten direktupphandling. En sådan formlös konkurrensutsättning som kommunen har företagit kan inte ersätta det annonserade förfarande som föreskrivs i LOU. Bröderna Andersson har anlitat Bergbolaget i Götaland AB (Bergbolaget) som underentreprenör vid utförandet av de arbeten som angavs i avtalet. Bergbolaget har emellertid – felaktigt – fakturerat kommunen direkt för utfört arbete i stället för att fakturera Bröderna Andersson. Kommunen har erlagt betalning mot sådana fakturor. Något avtalsförhållande har emellertid inte funnits mellan kommunen och Bergbolaget. De betalningar som kommunen har gjort till Bergbolaget ska därför beaktas vid beräkning av värdet på avtal mellan kommunen och Bröderna Andersson. Bröderna Andersson har fakturerat kommunen med totalt 246 000 kr exklusive moms för nedlagt arbete. Bergbolaget har fakturerat kommunen ett belopp om 905 489 kr exklusive moms. Det totala värdet av kommunens avtal med bröderna Andersson uppgår således till 1 151 489 kr. Vid otillåten direktupphandling får allmän förvaltningsdomstol enligt 17 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift. Av förarbetena till 2010 års ändringar i LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften syftar till ett säkerställande av upphandlingsreglernas iakttagande samt korrekt användande av skattemedel. Enligt Konkurrensverkets mening bör upphandlingsavgiftens storlek vid otillåten upphandling beräknas med utgångspunkt i det ingångna avtalets kontraktsvärde. En okunskap om innehållet i gällande rätt kan inte tillmätas en förmildrande inverkan vid fastställandet av sanktionsvärdet. I förevarande mål anser Konkurrensverket att försvårade omständigheter ska tillmätas betydelse vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiften. Kommunens tekniska förvaltning har haft bristande rutiner vid sin tillämpning av LOU under en längre tid. Mot bakgrund av preskriptionsregeln i 17 kap 7 § andra stycket LOU avser Konkurrensverkets ansökningar fem avtal som kommunen ingått genom otillåtna direkt-

upphandlingar under hösten 2012. Dessa fem upphandlingar har gjorts under en begränsad tid (13 september 2012 – 26 november 2012) och utgör enligt Konkurrensverket ett upprepat beteende. Enligt Konkurrensverkets uppfattning utgör såväl de bristande rutinerna som det beskrivna upprepade beteendet sådana förhållanden hos den upphandlande myndigheten som ska tillmätas betydelse vid fastställande av sanktionsvärdet. Upphandlings-skadeavgiften ska därför bestämmas till ett högre belopp än vad som skulle ske i normalfallet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Avgiften bör därför bestämmas till ett belopp som ligger över mitten av den övre delen av skalan. En upphandlingsskadeavgift om 101 000 kr motsvarar ca 8,8 procent av kontraktsvärdet och är enligt Konkurrensverket en avskräckande och proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelser. Kommunen påstår nu att man ingick det aktuella avtalet om köp av krossningstjänster i syfte att efterleva beslut från kommunens miljö- och hälsoskyddsnämnd. Konkurrensverket vill därför påpeka att nämnden redan den 1 november 2011 fattade beslut om att förbjuda utförandet av krossningsarbete på den aktuella platsen. Den tekniska nämnden fick samtidigt tillstånd att avsluta krossningen av bergs- och asfaltmassor som fanns på platsen. Sådant arbete fick bedrivas under maximalt fyra veckor och skulle vara avslutat den 30 mars 2012. Kommunen utförde emellertid inte något krossningsarbete i enlighet med beslutet. Tekniska nämnden inkom med en ny ansökan om krossningsarbeten och miljö- och hälsoskyddsnämnden fattade nytt beslut den 21 augusti 2012 om fortsatt förbud för krossningsverksamheten. Enligt beslutet skulle krossningsarbetena slutföras senast den 30 november 2012. Kommunen ingick därefter det aktuella avtalet den 1 oktober 2012. Av oklara anledningar valde nämnden att vänta nästan ett år med att agera i anledning av nämndens beslut. Under sådana omständigheter har det uppenbarligen inte funnits skäl att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till 4 kap. 5 § 3. LOU och det kan självklart inte heller utgöra en förmildrande omständighet i samband med den aktuella lagöverträdelser. Konkurrensut-

sättningar, likt den som kommunen har genomfört, har inte tillmätts någon verkan vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek i tidigare avgöranden. Kommunens agerande i utredningsarbetet och förbättringsåtgärder som vidtas efter genomförandet av en otillåten direktupphandling inverkar inte heller vid fastställandet av lagöverträdelsens sanktionsvärde.

Kommunen utvecklar sin talan enligt följande. Arbetet med att säkra upp rutiner pågår alltjämt för att säkerställa att alla avtal, där lagen så kräver, är konkurrensutsatta och annonserade på sätt som krävs enligt LOU och LUF. Alla dessa åtgärder påbörjades innan Konkurrensverket påbörjade sin utredning. Kommunen har varit Konkurrensverket behjälpliga i utredningen och helt öppet redovisat om avtal har konkurrensutsatts eller inte. Det aktuella avtalet avser krossning av asfalts- och bergsmassor med anledning av att nya områden för bland annat bostäder har exploaterats i Växjö. Kommunen tillställde offertförfrågan till tre bolag och sedermera ingicks avtal med Bröderna Andersson. Arbetet var av brådskande natur då nämnden enligt föreläggande från kommunens Miljö- och Hälsoskyddskontor inte fick bedriva verksamhet efter den 30 mars 2012 och enligt ett senare föreläggande vid äventyr av vite från den 30 november 2012. Den brådskande som uppkom efter Miljö- och Hälsoskyddskontorets fördeläggande den 21 augusti 2012 innebär att upphandlingsskadeavgiften ska bestämmas till ett lägre belopp än vad Konkurrensverket yrkat. Det är riktigt att det första beslutet kom redan i november 2011. Beslutet från år 2012 var emellertid sanktionerat med vite och massor behövde krossas för att avsluta exploatering i aktuellt område. Med hänsyn till att det brådskade, att kommunen i vart fall konkurrensutsatt avtalet, om än inte med annonsering, och att det inte finns anledning att anta att kommunens upphandling varit mer kostsam än om en konkurrensutsättning genom annonsering ägt rum samt att ingen leverantör kan antas ha lidit skada ska upphandlingsskadeavgiften inte överstiga omkring 5 procent av kontraktsvärdet eller ca 50 000 kr.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 17 kap. 1 § 3 LOU får en allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller, 15 kap. 4 eller 6 §.

Av 17 kap. 4 § LOU framgår att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a § LOU.

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt 17 kap. 5 § LOU särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges om det finns synnerliga skäl.

Avseende beräkningen av avgiftens storlek framgår bl.a. följande av förarbetena till 17 kap. LOU (prop. 2009/10:180 s. 197 f.). Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Sanktionen ska vara effektiv, proportionerlig och avskräckande. Ju allvarligare överträdelsen är, desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Vid bedömningen av överträdelsens sanktionsvärde bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Ett oklart rättsläge bör påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar anses vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet kan anses vara högt. Som ytterligare exempel på försvårande omständigheter nämns fall när det upphandlade avtalet sträcker sig över lång tid eller avser ett högt värde samt när det är fråga om ett upprepat beteende hos myndigheten.

Förmildrande omständigheter kan vara att den upphandlande myndigheten fortsätter köpa varor eller tjänster från ett avtal som har löpt ut, men där ett nytt avtal kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess eller när ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten finner i likhet med parterna att kommunen genom att ingå avtal med Bröderna Andersson utan föregående annonsering har genomfört en otillåten direktupphandling och att kommunens överträdelse inte kan anses ett ringa fall. Det finns därmed grund för att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Konkurrensverket yrkar att avgiften ska beräknas till 101 000 kr, motsvarande 8,8 procent av kontraktsvärdet. Kommunen anser att en avgift om 50 000 kr, motsvarande 5 procent av kontraktsvärdet, är en proportionerlig sanktion för den aktuella överträdelsen.

Som Konkurrensverket anført anses otillåtna direktupphandlingar vara allvarliga överträdelser som bör leda till höga sanktionsvärden. Härtill kommer att kommunen haft bristande rutiner vid sin tillämpning av LOU under en längre tid och genomfört upprepade otillåtna direktupphandlingar. Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit några förmildrande omständigheter i målet som medför skäl att sätta ned eller helt efterge avgiften. Sammantaget får det av Konkurrensverket yrkade beloppet anses väl avvägt och det finns inte skäl att bestämma avgiftens storlek till ett lägre belopp än det av verket yrkade. Ansökan ska därför bifallas och kommunen förpliktas att till staten betala en upphandlingsskadeavgift om 101 000 kr.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1d –LOU)

Bertil Idarsson